Der Schutz des Mieters

gegen

Vermieter und Dritte.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde an der hohen juristischen Fakultät der
Kgl. bayer. Friedrich-Alexander-Universität Erlangen

von

Georg Schaetzel,
Rechtspraktikant aus Höchstadt a/A.

München.
J. Schweitzer Verlag (Jos. Eichbichler).
1896.

Der Schutz des Mieters

gegen

Vermieter und Dritte.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde an der hohen juristischen Fakultät der Kgl. bayer. Friedrich-Alexander-Universität Erlangen

von

Georg Schaetzel,
Rechtspraktikant aus Höchstadt a/A.

München.
J. Schweitzer Verlag (Jos. Eichbichler).
1896.

Herrn Professor Dr. Konrad Hellwig

in

dankbarer Verehrung

gewidmet vom

Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543506_0103

Der Mieter ist Detentor; und die herrschende Lehre geht bekanntlich dahin, daß die Detention ein Machtverhältnis über eine Sache sei, das des possessorischen Schutzes entbehrt[1]) und daß gerade diese Schutzlosigkeit der Detention gegenüber dem juristischen Besitz ihr charakteristisches Merkmal aufdrücke. Der Mieter entbehrt daher nach ihr jedes eigenen Besitzschutzes, er „kann sich nicht selbständig in der Sache halten und ist einzig auf seine persönliche Forderung gegenüber dem Vermieter angewiesen." Den Grund dieser Schutzlosigkeit führt man zurück auf die eigenartige Entwicklung des römischen Rechtes, das den vollen Schutz als Besitzer durch die possessorischen Interdikte: den Interdiktenschutz nur dem gewährt, qui possidet animo rem sibi habendi: dem Besitzer mit Aneignungswillen. Da der Mieter nicht unter die Kategorie dieser Besitzer fällt, entbehrt er des Besitzschutzes. Es soll im Folgenden untersucht werden, ob wirklich das gemeine Recht dem Mieter außer dem in manchen Fällen zweifelhaften Regreß gegen den Vermieter keine weiteren Schutzmittel bietet.

Zu diesem Zwecke soll zunächst die rechtliche Stellung des Mieters untersucht werden.

I. Die rechtliche Stellung des Mieters.

Die Stellung des Mieters hat ihren Entstehungsgrund im Mietvertrage; in dem bestehenden Mietverhältnisse ist der Inhalt des Mietvertrages realisiert. Der im Vertrage niedergelegte Wille der Parteien, die mit gegenseitiger Übereinstimmung normierten Rechte und Pflichten, sind aber auch bestimmend für die Gestaltung des Verhältnisses: Jedermann ist gebunden, die im Vertrage gezogenen gegenseitigen Machtgrenzen bei Realisierung des Vertrages einzuhalten. Die Rechtsordnung garantiert dem im Ver-

[1]) Dernburg, Pand. I, S. 396.

trage schaltenden Willen der Partei unbedingte Herrschaft und stellt sich selbst mit ihren Machtmitteln in seinen Dienst. Wollen wir daher erkennen, welcher Art das durch den Mietvertrag geschaffene Verhältnis sei, so müssen wir zurückkehren auf den im Vertrage geäußerten Willen der Parteien. Was wollen die Parteien mit Abschluß des Mietvertrages? Der Zweck ist hier wie bei jedem anderen Geschäfte, in dem sich Angebot und Nachfrage begegnen, durch die in der Eigenart des zu erlangenden Objekts gebotenen Vorteile, seien sie sozialer oder wirtschaftlicher Natur, ein obwaltendes Bedürfnis zu befriedigen. Das Bedürfnis ist die Triebfeder und der Angelpunkt des gesamten Wirtschaftslebens. Die im Flusse der Zeiten, mit Veränderung der Kulturstufen stets wechselnden, innerhalb desselben Wirtschaftslebens im gleichen wirtschaftlichen Verhältnisse nach Stand, Ort, Lebenshaltung so verschiedenartigen Bedürfnisse sind es, welche mit ihrer Anforderung auf Befriedigung das Mindestmaß bestimmen, das ein Verhältnis an Vorteilen bieten muß, die Einrichtung des Verhältnisses bestimmen und ihm seinen jeweils eigenartigen Charakter verleihen. Der Inhalt des Mietvertrages: Die von den Parteien vereinbarte Gestaltung des Verhältnisses wird demnach in den verschiedenen Zeiten verschiedenartig sein; und von der in den römischen Quellen dem Mieter eingeräumten Stellung als gegebenem Ausgangspunkte auszugehen, wird nur unter der Voraussetzung zutreffend sein, daß die Anschauungen und Anforderungen der Gegenwart bezüglich des Mietverhältnisses die gleichen sind, wie die des justinianischen Zeitalters. Es ist vielmehr auszugehen von der Gegenwart mit ihren Bedürfnissen und Interessen. Wozu mietet oder pachtet man? Bekanntlich haben in unseren Städten gegenwärtig die Mietswohnungen gegenüber den zu Eigentum besessenen und bewohnten Häusern die Überzahl. Die im Berufe gegründete Unsicherheit, ob man den gegenwärtigen Aufenthalt auch ständig werde beibehalten können, läßt es dem einen für unzweckmäßig erscheinen, sich ein bestimmtes Haus zu Eigentum zu erkaufen. Dem anderen fehlen die hiezu nötigen Mittel. Der Dritte hat nicht die Lust, an einem und demselben Orte für immer zu weilen. Diesem stets fluktuierenden Teile der Bevölkerung ist es aber dennoch auch auf der anderen Seite ein Bedürfnis, für die Dauer des vorüber-

gehenden, längeren oder kürzeren Aufenthalts, einen Ort als Mittelpunkt ihrer bürgerlichen Thätigkeit, „unde reversuri sunt“: ein Domizil, ein Heim für sich und ihre Familie zu haben: Sie wollen eine Wohnung haben, die sich in ihren thatsächlichen Eigenschaften von einer zu Eigentum besessenen in nichts unterscheiden soll.

Der Pächter geht in den meisten Fällen den Pachtvertrag ein, weil es ihm an den Mitteln gebricht, selbständig Eigentum an Grund und Boden zu erwerben. Um dennoch selbständig Grund und Boden als Einkommensquelle nutzen zu können, kurz dieselben Vorteile wie ein Eigentümer daraus zu haben, pachtet er.

Betrachtet man demnach die wirtschaftliche Funktion beider Verhältnisse, so wird sich in der Art der Innehabung des Mieters, der Thätigkeit des Pächters kein Unterschied gegenüber dem Benützen von Seiten des Eigentümers zeigen: Beide wollen von der Sache denselben thatsächlichen Genuß haben wie der Eigentümer auch. Wie der Eigentümer in der friedlichen Innehabung seines Hauses von keiner Seite gestört sein will, so auch der Mieter: Eingriffe von Seiten des Vermieters in den Gebrauch der Mietsache sind unvereinbar mit der Stellung des heutigen Mieters. Es würde heutzutage jedermann sich besinnen, einen Mietvertrag einzugehen, bei dem sich etwa der Vermieter vorbehalten würde, jederzeit freien Zutritt in die Mietswohnung zu haben, oder die Benutzung der Mietswohnung zu bestimmen u. dgl. mehr. So etwas wäre eben kein Mietsverhältnis. Ebensowenig würde es sich mit den Zwecken des Pächters vertragen, wenn dem Verpächter ein Beeinflussen und Vorschreiben bezüglich seiner wirtschaftlichen Maßnahmen gestattet sein sollte. Soll er durch Nutzung des Pachtfeldes auf seine Kosten kommen und vielleicht noch einen Ersatz für seine verwendete Mühe haben, so müssen etwaige Störungen und Eingriffe des Verpächters ausgeschlossen sein.

Stellen wir dem die römischen Mieter und Pächter gegenüber, wie sie Dernburg kurz und treffend charakterisiert: Personen, „die in der Mietsache waren, aber keinen festen Fuß darin fassen sollten. Sie wurden zur Dienerschaft des Vermieters heruntergedrückt und besaßen nur für ihn. Die römischen Mieter

und Pächter konnten sich ihr Verhältnis nicht anders vorstellen, als das völliger Abhängigkeit." [1])

Ein solches Verhältnis liegt sicherlich der Intention der den Miet- oder Pachtvertrag abschließenden Partei heutzutage fern; kein Mieter würde den hohen Mietpreis, kein Pächter den Pachtschilling ausgeben, um sich eine Stellung einzutauschen, wie die herrschende Lehre diejenige des römischen detentor charakterisiert. Es ist vielmehr als naturale negotii, als die in den Anschauungen des Verkehrs gegründete Intention der Vertragschließenden zu erachten, daß dem Mieter und Pächter der ruhige, von keiner Seite in der Art seiner Ausübung behelligte Genuß des Miet- und Pachtobjektes eingeräumt werden soll; daß auch dem Vermieter keinerlei Eingriffe zustehen sollen.

Dies die thatsächliche Gestaltung des heutigen Mietverhältnisses, auf dessen Gewährung dem Mieter die Klage aus dem Mietvertrage zusteht.

Soll aber auf der einen Seite der Mieter das Recht des ungestörten Genusses des Mietobjektes haben, so muß ihm auf der anderen Seite auch das Recht zustehen, die Sache: das Objekt und die thatsächliche Voraussetzung seines Genusses allen anderen Personen gegenüber ausschließlich haben und behaupten zu können: das dingliche Recht des Mieters auf die Sache ist begriffliches Korrelat des thatsächlichen Gebrauches desselben in seiner heutigen Gestalt.

Neuere Landesrechte haben auch dem veränderten thatsächlichen Zustande Rechnung getragen und ihm den rechtlichen Zustand angepaßt: Nach dem preußischen Allgemeinen Landrecht Teil I Tit. 21 § 2 wird das Recht des Mieters durch Übergabe der vermieteten Sache ein dingliches, dessen Schutz der Mieter sowohl durch die Besitzklage als durch die negatorische Klage verfolgen kann. Das bayerische Landrecht gewährt dem Mieter und Pächter possessorischen Schutz. Beide Beispiele sind ein Beweis für die treffende Behauptung Iherings: „daß das Leben eben mächtiger ist als die juristischen Begriffe. Erweist sich das Bett, in das es sich durch dieselben eingezwängt sieht, zu eng, so durchbricht es die

[1]) Dernburg, Pand. 3. Aufl. Bd. I, S. 404.

Dämme und überläßt es der Jurisprudenz, sich mit der Veränderung abzufinden." [1]) „Die unaufhaltsam wirkende Kraft des Lebens" [2]) ist es, welche die Rechtsanschauungen und Rechtsbedürfnisse bestimmt und schließlich die Umgestaltung des Rechts herbeiführt.

Auch im gemeinen Rechte geht „unverkennbar der Zug der Rechtsentwicklung dahin, der Miete in der That ein dingliches Element aufzuprägen." [3]) Allein de lege lata ist unzweideutig dem Mieter jedes dingliche Recht abgesprochen. Die blos persönliche Berechtigung desselben nach römischem Rechte steht in der gemeinen Meinung fest: Sie ist historisch gegeben. Wir haben eine rechtliche Form, die einst bei ihrer Schöpfung für andere Verhältnisse bestimmt war; eine forterhaltene Form, deren Inhalt sich inzwischen erweitert hat, die dem thatsächlichen Bedürfnisse des von ihr umfaßten Verhältnisses nicht mehr zu genügen im Stande ist.

Es entspricht der Sachlage nicht, einseitig von der gegebenen Form auszugehen, und die erweiterten Rechte des heutigen Mieters nach allen Richtungen in dieselbe einzwängen zu wollen.

Es geschieht dies von Ziebarth und Degenkolb; und ihnen folgt ein großer Teil der Lehrbücher. Ausgehend von dem Mangel selbständigen Besitzesschutzes des Mieters im römischen Recht und seiner Stellung als detentor gelangt Ziebarth und mit ihm Degenkolb zu dem Prinzip der „Zerbrechlichkeit" der Miete. Wendt [4]) formuliert ihre Thesen kurz, wie folgt:

„Das Wesen der detentio nomine alieno wird hier unterschiedslos durch die Gleichstellung des detentor mit einem Sklaven erläutert, in Anlehnung an Fr. 25 § 1 de acq. vel. amitt. poss. 41, 2, woselbst es heißt:

nec inter colonum et servum nostrum, per quem possessionem retinemus, quidquam interest.

Daraus leitet Ziebarth seine Thesen ab: „Der Detentor

---

[1]) u. [2]) Jhering, Rechtsschutz gg. injuriöse Rechtsverletzg. Jahrbücher f. Dogm. Bd. 23, S. 287 u. 288.

[3]) Wendt, Das Faustrecht ꝛc. Jahrbücher f. Dogm. Bd. 21. S. 67.

[4]) l. c. S. 238ff.

ist dem Besitzer gegenüber ein Nichts, der Besitzer kann ihn jeden Augenblick verdrängen; der Detentor wird erst etwas hinsichtlich der Sache, sobald er sie für sich haben will; aber jeder solcher Versuch enthält selbst eine Anmaßung des Besitzes, folglich eine Besitzstörung, welche durch Gewalt und Interdikte abgewehrt werden darf." Der Detentor soll schlechthin der Willkür des Vermieters preisgegeben sein, während ältere Lehre doch der Retention zu seinen Gunsten Raum gab und ihm gestatten wollte, sich gegen Eigenmacht sowohl als gegen die Besitzklagen in der Detention zu erhalten. Degenkolb formuliert ähnlich: „Die Detention in rücksichtsloser Schärfe aufgefaßt ist partielle Sklaverei. In ihr unterwirft sich das Subjekt schlechterdings dienend einem fremden Willen; der Wille des Detentors kommt dem des possessor gegenüber rechtlich nicht in Betracht; sobald er einen eigenen Willen faßt, hört er auf, Detentor, zu sein.""

Diese Schilderung des Mieters stimmt wohl mit der von Dernburg charakterisierten des römischen Mieters zur Zeit Justinians überein; allein bei konsequenter Formulierung der Deduktionen aus dem im römischen Rechte gegründeten Prinzip ist die seitdem erfolgte Veränderung in der thatsächlichen Welt unberücksichtigt geblieben.

Eben dieses Ignorieren der Thatsachen ist es auch, das Ziebarth und Degenkolb zu dem Resultat der „Zerbrechlichkeit" der Miete und der „partiellen Sklaverei" des Mieters führt.

Detentor ist, qui habet rem alieno nomine und juristischer Besitzer: qui possidet animo rem sibi habendi. Der verschiedene animus gibt demnach dem Besitze beider sein charakteristisches Gepräge. Der Besitz„wille": der Geist, in dem das thatsächliche Verhältnis beherrscht werden soll, läßt sich jedoch nur aus den Umständen des konkreten Verhältnisses erschließen: Wie oben gezeigt, ist es allein das zu Grunde liegende jeweilige individuelle Bedürfnis, das die Intention der vertragschließenden Parteien leitet, das Maß der zu normierenden gegenseitigen Rechte und Pflichten bestimmt, bestimmt in welchem Geiste das realisierte Verhältnis gehandhabt werden soll.

Wie oben ausgeführt, ist es die Intention der den Mietvertrag kontrahierenden Parteien, daß dem Mieter ein ungestörtes uti frui der Sache für seine Zwecke zustehen soll. Indem also der Mieter dies Mietobjekt für seine Interessen nutzt; indem er den animus re sibi utendi fruendi realisiert, handelt er in der Intention des Mietvertrages, handelt er in Ausfüllung seiner Stellung als Mieter und ist als solcher in dinglich rechtlicher Beziehung nach römischem Rechte detentor, detiniert nach der dinglich rechtlichen Seite alieno nomine, für das Recht eines andern, hat in dinglicher Hinsicht den animus rem alieno nomine detinendi.

Nicht also, wie Degenkolb resumiert, ist schlechterdings der Wille des detinierenden Mieters einem fremden Willen unterworfen und kommt demselben gegenüber gar nicht in Betracht; und hörte der Mieter durch Fassen eigenen Willens auf, Detentor zu sein. Nicht ist es Anmaßung fremden Besitzes, wenn der Mieter für sich haben will: sondern, indem der Mieter thatsächlich die Sache ausschließlich, auch dem Vermieter gegenüber, für sich gebraucht, ist er nichts anderes, als eben Mieter und denkt gar nicht daran, fremde Besitzrechte sich anmaßen zu wollen. Durch „Beharren auf seiner Position" als Mieter bleibt er in rechtlicher Hinsicht detentor alieno nomine und es kann dies nicht „gegen die Besitzrechte des Vermieters" laufen, die „ja vielmehr bestätigt und bekräftigt werden." „Ist die fremde Detention überhaupt mit seinem Besitze verträglich, so kann das Begehren einer Fortsetzung derselben nicht als Besitzanmaßung gelten." [1]) Ein animus rem sibi habendi, in dinglich rechtlicher Beziehung nämlich, würde beim Mieter erst dann vorliegen, wenn er anfinge, zu eigenem Rechte, das das Besitzrecht des Vermieters ausschließen sollte, die Sache zu besitzen. Außerdem aber „fehlt ihm der animus rem sibi habendi, wie er den Kern der Dejektion bildet, vollständig und will er nichts sein als Mieter d. h. detentor nomine alieno." [2]) „Erst jene Ausbeutung des Vergleiches mit dem servus ermöglicht es, den Detentor dem Willen des Besitzers zu unterwerfen und ihm einen eigenen Willen, selbst wenn derselbe

[1]) u. [2]) Wendt l. c. S. 240.

auf nichts als auf Fortsetzung der Detention sich richtet, abzusprechen." [1])

Aber auf der anderen Seite steht die blos persönliche Berechtigung des Mieters nach römischem Rechte außer Zweifel. Der, welcher auf dem von der Rechtsordnung normierten Wege sich das ausschließliche Anrecht auf die Beherrschung der Sache erworben hat: der dinglich Berechtigte herrscht nach wie vor, ohne Beeinflussung durch den Eintritt des Mieters, nach seinem Willen rechtsgiltig über die Sache: Er kann mit vollgiltiger rechtlicher Wirkung über die Herrschaft an der Sache disponieren, er hat die Macht, die ihm entrissene Herrschaft von jedermann sich mit Erfolg zu holen.

Wir haben demnach zwei sich kreuzende Rechtskreise: Der Mieter hat das Recht, zu gebrauchen; der Vermieter das Recht auf die Sache. Der Mieter gebraucht eine Sache; auf die er kein dingliches Recht hat; der Vermieter hat ein dingliches Recht, dessen thatsächlichen Genuß er nicht üben kann.

Jeder kann innerhalb seiner Rechtssphäre rechtsgiltig schalten und walten, aber auch nur in derselben: Der Mieter verletzt das Recht des Vermieters, wenn er sich die Ausübung eines Rechts auf die Sache anmaßt, wenn er die Sache zu eigenem, den Vermieter ausschließenden Rechte zu haben anfängt; aber eher nicht; wie oben erörtert wurde. Der Vermieter verletzt das Recht des Mieters, wenn er sich den Gebrauch der Mietsache anmaßt. Aber hier macht sich das beim Vermieter verbliebene dingliche Recht an der Sache bemerkbar. Gesetzt den Fall nämlich, es wäre dem Vermieter gelungen, den Mieter der thatsächlichen Innehabung der Mietsache zu entsetzen und die Sache in seinen Gewahrsam zu bringen, so hätte er zwar ein Recht des Mieters verletzt, aber, da das Anrecht auf die Sache inzwischen nicht aus seiner Hand gekommen war, und er sich jetzt auch die thatsächliche Voraussetzung für die Realisierung desselben verschafft hat, handelt er mit voller rechtlicher Wirksamkeit, wenn er des dinglichen Rechtes an einen Dritten sich begibt; das Recht auf die Sache ist mit allen Konsequenzen an den Dritten übergegangen. Dies tritt uns auch im

[1]) Wendt l. c. S. 240.

Falle der Regreßnahme des Mieters an den Vermieter wegen der geschehenen Besitzentziehung entgegen. Solange der thatsächliche Besitz sich noch in der Machtsphäre des Vermieters befindet, wird seine Klage und etwaige Zwangsvollstreckung von Erfolg sein: Denn der Mieter hat ein Recht auf Überlassung der in der Macht des Vermieters stehenden Sache; kommt der Vermieter seiner Pflicht nicht nach, so kann der Mieter im Wege der Zwangsvollstreckung die Sache sich holen. Allein die Macht ruht in den Händen des Vermieters und der Mieter hat nur ein Recht auf Gewährung auf Grund der innegehabten Macht des Vermieters. Ist daher das dingliche Recht an den Dritten übergegangen, so ist dem Rechte des Mieters der Boden entzogen: Der Vermieter kann ihm nicht mehr leisten; der Dritte braucht ihm nichts zu leisten. Dies nach reinem römischen Rechte. Daß hierin eine nicht unbedeutende Lücke zum Nachteile des Mieters gegeben ist, kann nicht verkannt werden.

Mit Abgrenzung der Rechtssphäre des Mieters, wie sie oben stattfand, tritt auch die grundsätzlich verschiedene soziale Stellung des Mieters gegenüber den übrigen Detentoren in den entsprechenden rechtlichen Gegensatz. Während der Mieter den eingegangenen Vertrag realisiert, sich daher als in Übereinstimmung mit dem Vermieter befindlich erachten muß, wenn er durch Gebrauch der Sache seine eigenen, vielleicht mit den Interessen des Vermieters konkurrierenden Zwecke verfolgt, haben die Sklaven, Verwalter, Diener auf Grund ihrer sozialen Stellung die Sache lediglich im Interesse ihres Herrn inne und wäre eine Geltendmachung eigener Interessen, die den Interessen ihrer Herrn zuwiderlaufen, Anmaßung und Eingriff in die Rechte der Herren. Während der Mieter durch Behaupten in seiner Position auch gegen den Willen des Vermieters gerade das kontraktlich geschaffene Detentionsverhältnis realisiert, wird der Verwalter, der von seinem Herrn aufgefordert, das innegehabte Objekt zu verlassen oder herauszugeben, dennoch bleibt oder die Sache gegenüber seinem Herrn zu behaupten sucht, damit den animus rem alieno nomine: hier die Absicht der Innehabung in fremdem Interesse und zu fremdem Rechte, verlassen und den animus rem sibi habendi angenommen, eine invasio possessionis begangen haben.

Wie das römische Recht die Stellung des Mieters normiert, illustriert eine Parallele des Mieters mit dem Nießbraucher. In ihren wirtschaftlichen Funktionen gleichen sich Miete und Nießbrauch wie ein Ei dem andern: Der Mieter hat ius utendi fruendi re aliena und bekanntlich definiert man das Recht des Nießbrauchers als ius utendi fruendi re aliena salva rei substantia. Dennoch hat die rechtliche Stellung beider im römischen Rechte sich grundverschieden entwickelt: Dem Mieter wird blos ein persönliches Recht gegen den Vermieter, dem Nutznießer Personalservitut und Rechtsbesitz beigelegt: er ist dinglich berechtigt.

Dieser verschiedene Charakter beider Rechte äußert sich zunächst in der Verjährung. Wenn das Wesen der Verjährung darin besteht, daß die Rechtsordnung Lebensverhältnisse, welche sich seit einer entsprechenden Anzahl von Jahren behauptet haben, als Rechtsverhältnisse sanktioniert, so muß nach eingetretener Verjährung deutlich ersichtlich sein, wie die Rechtsordnung den bisher bestandenen Zustand auffasse. Hat jemand Eigentum ersessen an einer Sache, welche auf längere Zeit vermietet ist, so hat er nunmehr freies und unbeschränktes Eigentum: Die Miete beschränkt nicht nur nicht sein Recht, sondern der Mieter hat ihn sogar in der Ersitzung des Rechtes teilweise vertreten. Dagegen ersitzt jemand an einer im Nießbrauch befindlichen Sache nur ein durch den Nießbrauch beschränktes Eigentum.

Wäre die Miete ein Recht auf die Sache wie der Nießbrauch, so müßte nur der giltig vermieten können, der ein solches Recht auf die Sache hat: Der dinglich Berechtigte; wie es ja beim Nießbrauch wirklich der Fall ist. Allein bekanntermaßen läßt das römische Recht beim Mietverhältnis die Frage nach dem Rechte vollständig außer Spiel und kann auch der Nichtberechtigte giltig vermieten.

Wie oben bereits erwähnt, ruht die ausschließliche Herrschaft und Macht über die Sache in den Händen des dinglich Berechtigten; er besitzt die Machtfülle, von der heraus er nach seinem Willen Rechte vergeben kann. Der blos persönlich berechtigte Mieter hat daher nichts weiter als einen Anspruch auf Gewährung des Rechtes aus den Händen des Vermieters, auf

praestari uti frui. Anders dagegen beim Nießbrauch: Hier ist die dingliche Macht an den Nießbraucher übergegangen, der Eigentümer hat keine Herrschaft mehr, aus der heraus er Rechte vergeben könnte. Zutreffend ist daher die Parömie: servitus in faciendo consistere necquit. Trefflich ist Sohm's [1]) Charakterisirung des Verhältnisses: „Das Wesen des dinglichen Rechtes ist Macht; das Wesen des Forderungsrechtes Ohnmacht."

II. Schutz des Mieters durch Selbsthilfe.

Nach der herrschenden Lehre soll bekanntlich der Mieter in seiner Stellung der Willkür des Vermieters schlechthin preisgegeben sein; es soll ihm gegenüber den Ejektionsgelüsten des Vermieters keinerlei Widerstand gestattet sein.

Es soll im folgenden dem gegenüber geprüft werden, ob und inwieweit der Mieter sich seine Position durch die Kraft seines Armes: durch Selbsthilfe behaupten darf. Inwieweit ist überhaupt Selbsthilfe gestattet?

Die Meinungen der Juristen über die rechtliche Zulässigkeit der Selbsthilfe sind zur Zeit noch geteilt.[2]) Auf der einen Seite wird „jedes eigenmächtige Vorgehen als mit dem Wesen wohlgeordneter Staaten unverträglich im Prinzip verurteilt; jeder, der Ansprüche zu haben vermeine, dürfe nicht selbst sich Befriedigung verschaffen, sondern müsse den Richter angehen." „Wer ohne das Gericht einschreite, schreite ohne das Recht ein." Auf der anderen Seite resumiert Puchta, daß „jenes angebliche Prinzip weder im römischen Rechte eine Stütze habe, noch in der germanischen Anschauung begründet sei." „Daß eine Handlung zum Zwecke des eigenen Schutzes eines Rechtes vorgenommen sei, sei für ihre rechtliche Beurteilung indifferent; durch jenen Zweck werde zwar eine sonst widerrechtliche Handlung nicht entschuldigt, aber auch eine im übrigen erlaubte Handlung nicht widerrechtlich." Ebenso Windscheid.

Werfen wir einen Blick auf die Rechtsentwicklung, so tritt uns eine Thatsache unverkennbar entgegen, „daß der Zug der

---

[1]) Grünhuts Zeitschrift Bd. 4 n. 7.

[2]) Wendt l. c. S. 56.

Entwicklung dahin geht, in immer weiteren Kreisen die Gewalt zu bannen." [1])

Am Anfange der Entwicklung sehen wir den einzelnen Privaten, der nach freiem Gutdünken schaltet; bei stattfindendem Widerstand ist es physische Kraft des Stärkeren, welche zum Schlusse die Herrschaft behauptet. Die bestehende friedliche Gemeinschaft reicht nicht über den Rahmen der Familie hinaus; alle Fernerstehenden sind Feind und als solcher rechtlos: Man findet es als nichts Unrechtes, ihn zu schädigen; die Machtsphäre findet ihm gegenüber ihre Grenze nur durch die Gewalt des Gegners. Das ihm Abgenommene ist ruhmvolle Beute, die Unterwerfung desselben zum Sklaven selbstverständliche Folge des Sieges über ihn. Im Kreise der Familiengenossen herrscht der pater familias mit unumschränkter Eigenmacht; er begeht kein Unrecht, wenn er den filius familias sogar tötet. Es herrschte das „System der Selbsthilfe." [2]) Die Familiengenossenschaft wird allmählich zur Stammes- und Markgenossenschaft: Die anfängliche Souveränität des Familienhauptes geht auf den Herrscher des Stammes und der Mark über; die ursprüngliche Friedensgemeinschaft, in welcher die einzelnen Familienglieder in gegenseitig normiertem Verhältnisse unter der Macht des pater familias standen, dehnt sich auf den Stamm und die Mark aus. Die Lebensbeziehungen der einzelnen Genossen sind von dem Stammeshaupte oder dem Herrn der Mark normiert, sie leben in der vom Herrscher geregelten Rechtsgemeinschaft; frei schaltend ist der Wille des Herrn. Im Laufe der Entwicklung zentralisiert sich die Macht immer mehr: es entsteht schließlich das römische Weltreich unter einem Gesetze, es entwickeln sich in der Neuzeit die modernen Mächte: die Zentralgewalt herrscht über eine große Gemeinschaft von Rechtsgenossen, deren Rechtssphären von einander durch sie abgegrenzt sind; sie ist es, welche ausschließlich bestimmend ist, „wie weit der Wille sich frei bethätigen, wie weit er insbesondere fordernd oder versagend in in die Willenskreise anderer Rechtssubjekte übergreifen darf." [3])

---

[1]) Wendt l. c. S. 96.
[2]) Ihering, Geist d. röm. Rechts. 3. Aufl. § 11.
[3]) Liszt, Lehrbuch d. Strafrechts. 3. Aufl. S. 10.

Sie gewährleistet einem jeden den ruhigen und ungestörten Genuß des ihm zugesprochenen Rechtes, indem sie jeden verletzenden Eingriff anderer ahndet. Dem ursprünglich frei schaltenden pater familias gegenüber haben sich Rechtssubjekte erhoben, deren Interessenkreise willkürlichem Eingriffe von seiner Seite entrückt sind.

Im Laufe der Zeiten sind aber auch mit steigender Kultur die Bedürfnisse und Interessen des Lebens an Zahl und Intensität gestiegen und haben die Forderung rechtlichen Schutzes erhoben. Immer größer wurde die Zahl der „Lebensbeziehungen, welche zu Rechtsbeziehungen, der Lebensinteressen, welche zu Rechtsgütern" erhoben wurden. Es seien nur die persönliche Freiheit, das Hausrecht, das Briefgeheimnis erwähnt. Und je mehr die Rechtsordnung den Kreis der Interessen erweiterte, die sie ihrer Normierung unterzog, je einschneidender sie die Regelung der Verhältnisse gestaltete, umsomehr wurde damit der Eigenmacht und Willkür an Boden entzogen, in umso „weiteren Kreisen wurden sie gebannt."

So sehen wir den Zug der Entwickelung nach immer sich steigernder Konzentrierung der Macht gehen: An Stelle des frei schaltenden Privaten, der nach eigenem Gutdünken seine Lebensbeziehungen regelte, tritt in immer weiteren Kreisen von Verhältnissen der Wille der Rechtsordnung, der die Machtgebiete der Privaten gegenseitig abgrenzt, jedem das „Wollen—Dürfen"[1] gewährleistet, dagegen die „Willkür" untersagt: Der Wille des Einzelnen darf sich nur bethätigen, soweit er sich mit dem Willen der Rechtsordnung deckt, nur insoweit die rechtlichen Voraussetzungen für die Realisierung des Willens vorliegen: er darf nur handeln im gegebenen Rechtsverhältnisse und in dem Rahmen desselben. „Er darf daher fordernd oder versagend in die Willenskreise anderer Rechtssubjekte übergreifen,"[1] nur soweit, als er damit in den Grenzen seines Machtgebietes bleibt. Dieselbe Konsequenz, die für die Ausübung des Rechtes anerkannt ist, muß aber auch für die Verfolgung des Rechtes gezogen werden. Wenn „ein bestimmtes Handeln oder Nichthandeln nur unter bestimmten Voraussetzungen"[1] gestattet ist, so muß, wie während der Ausübung des Rechtes niemand willkürlich außerhalb des Bodens seines

[1]) Liszt l. c. S. 10.

gegebenen Machtgebietes zu handeln befugt ist, auch für den Fall der Rechtsverfolgung gesagt werden, daß, wenn die Voraussetzung des Wollen—Dürfens: Das Machtverhältnis, zerstört ist, ein auf dem autoritativen Willen der Rechtsordnung fundiertes Handeln nicht mehr möglich ist.

Hat demnach die Rechtsordnung einmal die Regelung eines bestimmten Verhältnisses übernommen, so bleibt dem Privaten nurmehr Handeln im geregelten, gegebenen Verhältnisse: „Ausübung des Rechtes." Ist die von der Zentralgewalt geschaffene Ordnung aber zerstört, so ist Wiederherstellung derselben ausschließliche Befugnis der die Gestaltung des Verhältnisses regelnden Zentralgewalt. Das innegehabte Machtverhältnis gibt dem Privaten keine Gewalt, auch den früheren Zustand sich wiederherzustellen. Er könnte dies höchstens auf Grund eines weiteren, etwa durch Anrufung der Rechtsordnung erlangten Rechtes. Wiederaufrichtung der durchbrochenen Ordnung, durch eventuellen Eingriff in die Willenskreise widerstrebender Privater: durch Zwang; das Recht der Exekutive ruht ausschließlich in den Händen der Rechtsordnung. Macht der Regelung eines bestimmten Lebensverhältnisses und Zwang zur Realisierung der gesetzten Regel sind Korrelate; das Szepter der Macht und das Schwert des Zwanges notwendige Attribute des Souverains.

Der Private darf das erworbene Recht, seinen Willen in einem bestimmten, thatsächlichen Verhältnisse zu realisieren, d. h. das „materielle Recht" nicht unter allen Umständen bethätigen; sondern die Handlung, d. i. die Gestaltung einer dem Willen entsprechenden „Form" in der thatsächlichen Welt, ist nur dann rechtmäßig, eine „formelle" Berechtigung zur einzelnen Handlung liegt nur dann vor, wenn auch die rechtliche Voraussetzung zur Bethätigung der Macht im einzelnen Falle: das Rechtsverhältnis thatsächlich gegeben ist, wenn die einzelne Handlung in „Ausübung" eines Rechtes geschieht. Auf diesen Unterschied des materiellen und formellen Rechtes wird später noch zurückgekommen werden.

Also das jeweilige Stadium der Rechtsentwicklung ist es, das ausschlaggebend ist für das Maß der Erlaubtheit der Selbsthilfe. Ich halte es demnach nicht für richtig, im Justinianischen Rechte

den Ausgangspunkt der Untersuchung zu nehmen, den Geist, von dem es durchweht ist, als in voller Kraft auch heute noch herrschend anzunehmen. Es sollen im Folgenden die verschiedenen entscheidenden Stellen des Corpus juris außer Spiel gelassen und versucht werden, ob sich nicht der Standpunkt des moderenen Rechts, bes. der Reichsgesetze feststellen und aus ihm ein Resultat für die vorwürfige Frage gewinnen läßt.

Wenn der Zug der Entwicklung nach zunehmender Ausmerzung der Gewalt und Eigenmacht geht, so glaube ich, daß man mit Recht bereits auf die Gesetze des alten deutschen Reiches und die Landesgesetze hinweisen darf, welche „Friedbruch" und Eigenmacht untersagen.

Unter den Reichsgesetzen richtet sich direkt gegen den Friedbruch: Reichskammergerichtsordnung v. 1521 Tit. 32 § 2: „Und ob sich je zu Zeiten begebe, daß einer hohes oder niedriges Standes den anderen entsetzt, und das mit Recht überwunden wäre, in Sachen, die den Friedbruch mit belangen, soll der Entsetzer dadurch directum dominium, das Eigentum ꝛc. verloren haben. Ebenso: Reichsabschied v. 1532 Tit. 3 § 2, der Bestimmungen trifft, um „den Friedbrüchigen" zu steuern. Jede Eigenmacht bezeichnet als widerrechtlich: Kammergerichtsordnung 1555 Tl. 2 Tit. 8 § 1: „Nachdem sich der gemeinen schlechten spolien halben, so nit mit gewaltiger That, aber doch „wieder recht" geschehen — zutragen möchten. Haben Churfürst u. s. w. sich erinnert, daß zu erhaltung beständiges Friedens und gleichmäßiges Rechtens, vonnöten seyn wöll, den entsetzten zu schleunigen austrag zu verhelffen u. s. w. Das Schlesische Landrecht 1, 36, 6 bemerkt: „unterwindet sich einer eines gutes ane gerichte — das ist fredebroch." Die Landfrieden der deutschen Territorien richten sich ebenfalls gegen Eigenmacht und Friedensbruch[1]).

Sehr klar äußert sich das Kaiserrecht I, 9, 35: „Der Kaiser hat gebodin — daz keyn mensche daz ander anegryffen sal, her

[1]) Vergl. Landfr. K. Friedrich II. v. 1235 § 4 und 19. K. Wilhelms v. 1255. K. Rudolf's v. 1281, 1287 § 9 und 38. K. Wenzels v. 1383 § 1, 1389, 1398 § 1—6. K. Sigismunds v. 1431 § 1—3. Der Churfürsten v. 1438 § 5—8. K. Albrechts II. v. 1438 § 2, 3, 26. K. Friedrichs III. v. 1442 § 1—11, 1466 § 2, 1487, 1481, 1474, 1486. K. Max I. v. 1495 § 1—3.

enhtu ez dan met gerichte, ob ymant czu dem andern icht zu fordern hat. Sint geschrebin stet, wer den menschen anegriffet ane recht, den sal me todin. Ouch stet anderswo geschrebin: Wer selber richten wel, den sal der Keyser fragen, warum der Keyser daz gerichte verloren habe."

Das Streben nach Zurückdrängen der Eigenmacht, nach Sicherung möglichsten Friedens durch die nach der Zeit des Faustrechts hervorgerufenen Landfrieden ist unverkennbar. Man mag über ihre praktische Verwertung geteilter Meinung sein; der Standpunkt der damaligen Rechte gegenüber der Selbsthilfe ist unzweideutig durch sie charakterisiert, der „germanischen Anschauung" prinzipieller Ausdruck geliehen.

Ebenso ist die Tendenz der Gesetzgebung des heutigen deutschen Reiches im Prinzip gegen die Selbsthilfe gerichtet.

Zwar fehlt es uns bislang an Anhaltspunkten in Reichsgesetzen zivilrechtlichen Charakters, um so entschiedener ist aber der Standpunkt der Strafgesetzgebung.

Für die vorliegende Frage des Maßes der Erlaubtheit der Selbsthilfe, die Frage nach der Grenze zwischen dem Erlaubten und Unerlaubten, zwischen Recht und Unrecht glaube ich keinen Irrweg einzuschlagen, wenn ich den Maßstab des Strafrechtes an das Zivilrecht anlege. „Genauere Betrachtung lehrt uns, daß der Unterschied zwischen dem Privatunrecht und dem strafbaren Verbrechen kein begrifflicher ist. Das peinliche Unrecht oder das Verbrechen ist von dem bürglichen nicht durch innere, begriffliche Merkmale unterschieden, der Gegensatz der beiden Unrechtsformen kein grundsätzlicher, sondern ein geschichtlich-politischer. Zweckmäßigkeitsrücksichten, bald klar erkannt, bald nur dunkel geahnt, bestimmen den Staat zur Aufstellung seiner Strafdrohungen. Die schwankenden Bedürfnisse der Rechtsordnung drücken der Gerechtigkeit das Schwert in die Hand. Im Flusse der Zeiten wechselt die Grenzlinie, welche bürgerliches und peinliches Unrecht trennt; was heute Verbrechen ist, war es nicht immer, braucht es nicht immer zu bleiben: und der Rechtsstreit, den wir heute vor dem Civilrichter anhängig machen, kann morgen an die Träger der Strafgerichtsbarkeit verwiesen werden. Wir müssen von dem Versuche einer begrifflich-scharfen Abgrenzung abstehen und uns mit

der allgemeinen Fassung begnügen: Die für die gegebene Rechtsordnung gefährlichsten Angriffe erklärt der Staat durch die Strafdrohung, welche er mit seinen Geboten und Verboten verbindet, zu Verbrechen." [1]) Dies ist nach Liszt die gegenwärtig herrschende gemeine Meinung.

Wenn daher der Staat eine Handlung für derart rechtswidrig erklärt, daß er sie mit öffentlicher Strafe bedroht, so ist damit deren Rechtswidrigkeit für die dabei in Betracht kommenden Fragen des Zivilrechtes für außer Zweifel stehend erklärt.

Was ist rechtswidrig im Sinne des Strafrechts?

„Jeder Angriff auf rechtlich geschützte Interessen ist an sich rechtswidrig, ohne daß es eines besonderen Verbotes der Rechtsordnung bedarf. Der Begriff des Rechtsgutes schließt das Verbot jeder Störung notwendig in sich. Das Wesen der Norm ist Zusage des Rechtsschutzes, Anerkennung eines Lebensinteresses als Rechtsgut." [2]) Diese „einfache Wahrheit" ist die Basis, von welcher ausgegangen werden muß. „Nur aus besonderen Gründen kann daher ausnahmsweise der Angriff auf rechtlich geschützte Interessen gestattet sein." [2])

Eine Betrachtung dieses „eng umgrenzten Gebietes des ausnahmsweisen Ausschlusses der Rechtswidrigkeit" [3]) wird daher den Standpunkts des Reichsstrafgesetzbuches bezüglich der prinzipiellen Scheidelinie des Rechtswidrigen vom Rechtmäßigen erkennen lassen.

Fassen wir zunächst den § 54 d. R.-St.-G.-B. ins Auge: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung in einem unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden Notstande zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben des Thäters oder eines Angehörigen begangen worden ist." Also nicht jeder Notstand, nicht „jeder Zustand gegenwärtiger Gefahr für berechtigte Interessen, aus dem es keine andere Rettung gibt, als die Verletzung berechtigter Interessen eines anderen" [4]) ist nach den Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuches im stande,

---

[1]) Liszt l. c. S. 120, 121.
[2]) Liszt l. c. S. 145. III, IV u. Anm.
[3]) Liszt l. c. S. 146. 4.
[4]) Liszt l. c. S. 152. II.

die Rechtswidrigkeit des verübten Angriffs auf rechtliche Interessen auszuschließen, sondern ausschließlich nur bei Gefährdung der unersetzlichen Güter des Leibes und Lebens, und nur, wenn die Verletzung der rechtlichen Interessen Dritter der einzige Ausweg ist, um die Gefahr zu beseitigen, gestattet es den Eingriff in die Rechtsgüter Dritter. „Das Gesetz versagt also bei Gefahr für alle anderen Rechtsgüter z. B. auch für die persönliche Freiheit, die Geschlechtsehre, die wichtigsten staatlichen Interessen, deren Bedrohung doch gewiß von größerer Bedeutung ist als eine geringfügige Körperverletzung, dem Notstande seine Anerkennung.“ [1])

Für die zum Schutze und zur Erhaltung aller dieser Interessen vorgenommenen Interessenverletzungen ist vom Reichsstrafgesetzbuche der Rahmen des Notwehrparagraphen gezogen. § 53 R.-St.-G.-B. bestimmt: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch Notwehr geboten war. Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Andern abzuwenden.“ Also nur soweit es zur Abwehr eines gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs erforderlich ist, soll eine Verletzung rechtlicher Interessen ungestraft vorgenommen werden dürfen. Daraus folgt:

1. Nicht jede bestehende Gefährdung des Rechtsgutes schon berechtigt, zum Eingriff in die Rechtssphäre des Nachbarn, um dadurch die Gefahr zu beseitigen, sondern nur vorhandener Angriff. Damit ist jener große Kreis von Verhältnissen hier ausgeschlossen, wo die Verletzung oder Schmälerung des Rechtsgutes in einem bestehenden Zustande beruht.

2. Nur in den Grenzen der erforderlichen Verteidigung ist die Verletzung der rechtlichen Interessen des Angreifers gestattet. „Sobald die Grenzen der erforderlichen Verteidigung überschritten sind, unterliegt die weitere Verletzung des Angreifers als rechtswidrige Handlung den allgemeinen Regeln.“ [2])

3. Der auf Notwehr gegründete Ausschließungsgrund der Rechtswidrigkeit fehlt, wenn die rechtliche Position, auf welche der

---

[1]) Liszt l. c. S. 153. III. 2.
[2]) Liszt l. c. S. 150. III.

Angriff gerichtet war, zerstört, das Rechtsgut definitiv verloren, der Kampf zu Gunsten des Angreifers entschieden ist. Weitere nach diesem Zeitpunkte vorgenommene Eingriffe in die Rechtssphäre des früheren Angreifers sind widerrechtlich.

Diese enge Fassung des Notwehrparagraphen zeigt uns deutlich, daß das Reichsstrafgesetzbuch weit entfernt ist, jedem Inhaber einer Rechtssphäre auch das Recht der unbedingten Beseitigung von Verletzungen derselben, oder bei stattgehabter Durchbrechung seiner Position auch das Recht der Wiederherstellung des normmäßigen Zustandes zuzusprechen; daß es vielmehr, mit alleiniger Ausnahme des Falles der Abwehr fremden Angriffes, dem Einzelnen untersagt, bei Realisierung seines Rechtes in die kollidierenden Rechtskreise anderer einzugreifen: daß er bestehende Beeinträchtigungen seines Rechtes nicht schon auf Grund seines Rechtstitels beseitigen können soll, sondern daß dazu eben eine weitere Berechtigung nötig ist: daß, außer dem Fall der Abwehr eines Angriffs, der Notwehr, ein Angriff auf rechtliche Interessen nur auf Grund eines Rechts zum Angriff gestattet, und daher nicht rechtswidrig, ist.

Dies bestätigt weiter ein Blick auf die übrigen Fälle der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit. In allen Fällen ist es „ausdrückliche oder stillschweigende Anordnung der Rechtsordnung,“ [1]) welche die Rechtswidrigkeit ausschließt:

„Amtspflicht schließt innerhalb der durch sie gezogenen Grenzen die Rechtswidrigkeit des Handelns aus. Man denke an das ganze Gebiet des Erfüllungszwanges, an Haussuchungen, Beschlagnahmen, Verhaftungen, Vollstreckungen“ 2c.[2])

„Die Handlung ist weiter keine rechtswidrige, wenn sie kraft einer besonderen Berechtigung und innerhalb der Grenzen derselben vorgenommen wurde.“ [3])

„Gleiche Wirkung hat die aus der rechtlich anerkannten Ausübung eines Berufes sich ergebende Berechtigung zur Vornahme derjenigen Handlungen, welche nach den Regeln der betref-

[1]) Liszt l. c. S. 155.
[2]) Liszt l. c. S. 155. I.
[3]) Liszt l. c. S. 156. II.

fenden Kunst oder Wissenschaft im gegebenen Falle geboten sind.“ [1])

Daß der Besitz eines Rechtes auf einen Zustand nicht bereits berechtigt, diesen Zustand unter allen Umständen herzustellen, und zwar auch gegen den Willen des widerstrebenden Nächsten, zeigt das Strafgesetzbuch in seinen Bestimmungen über den Schutz der persönlichen Freiheit, des öffentlichen Friedens, der Sachen.

In der Mehrzahl der Fälle wird der Berechtigte vor die Thatsache gestellt sein, daß er sein Anrecht auf einen bestimmten thatsächlichen Zustand nicht anders realisieren kann als durch Verletzung der persönlichen Freiheit oder des Hausfriedens oder der Sachen des Nächsten, der ihm das Objekt seines Rechtes vorenthält. Das Reichsstrafgesetzbuch schützt diese Interessen gegen jede Verletzung und läßt das leitende Motiv der Verletzung, die Vornahme derselben zum Zwecke der Rechtsverfolgung nicht als Ausschließungsgrund der Rechtswidrigkeit gelten.

So bei der Nötigung. Sie ist strafbar, wenn sie widerrechtlich erfolgt. „Die Widerrechtlichkeit der Nötigung entfällt aber nur dann, wenn der Thäter nicht nur: 1. berechtigt ist, die fragliche Handlung, Duldung oder Unterlassung zu fordern, sondern wenn er außerdem auch noch 2. zur Anwendung der von ihm angewendeten Nötigungsmittel berechtigt ist; also berechtigt, Gewalt anzuwenden oder aber Handlungen anzudrohen, welche ohne besondere Berechtigung vorgenommen, als Verbrechen oder Vergehen sich darstellen würden.“ [2]) Dies ist die gemeine Meinung. Übereinstimmend ist die feststehende Rechtsprechung des Reichsgerichts. Olshausen[3]) bestimmt die Widerrechtlichkeit der Nötigung wie folgt: „Der Ausschluß der Widerrechtlichkeit einer Nötigung durch Gewalt oder Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen kann nur durch besondere Verhältnisse begründet sein, auf Grund deren die Zwangshandlung als die Ausübung einer bestimmten Befugnis erscheint.“ „Bezüglich der Strafbarkeit der zum Zwecke der Selbsthilfe angewendeten Mittel sind die

---

[1]) Liszt l. c. S. 156. III.

[2]) Liszt l. c. S. 370. III. u. Anm.

[3]) In seinem Kommentar zum R.-St.-G.-B. zu § 240.

Vorschriften der einschlagenden Strafgesetze maßgebend" (siehe insbes. die dort zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts). Ebenso Oppenhoff,[1]) der die Widerrechtlichkeit der Freiheitsentziehung folgendermaßen interpretiert: „Die Handlung muß widerrechtlich sein: daher scheiden die Freiheitsentziehungen aus, welche in Ausübung eines Rechtes . . . . oder in Erfüllung einer Pflicht . . . . erfolgen, oder durch Notwehr geboten sind. Im übrigen beseitigt ein erlaubter Zweck die Widerrechtlichkeit einer Freiheitsberaubung nicht. Eine zum Schutze des eigenen Rechtes durch Einsperrung eines anderen (z. B. des fluchtverdächtigen Schuldners) geübte Selbsthilfe fällt mithin unter das Strafverbot." „Widerrechtlich ist eine Freiheitsberaubung auch dann, wenn sie in Überschreitung einer vorhandenen Befugnis vorgenommen oder über die Grenzen der letzteren ausgedehnt wird."

In gleicher Weise ist das Rechtsgut des Hausfriedens gegen alle Eingriffe geschützt, die nicht in Ausübung einer besonderen Befugnis zur fraglichen Eingriffshandlung geschehen. Daß die Widerrechtlichkeit des Eindringens nur durch eine besondere Berechtigung zur betreffenden Handlung ausgeschlossen wird, dahin geht sowohl die feststehende Praxis des Reichsgerichts wie die übereinstimmende Interpretation der Kommentare. So sagt Oppenhoff[2]): „Widerrechtlich ist das Eindringen, sobald es das Recht („Hausfrieden") des Inhabers ꝛc. . . . verletzt. Eine vorhandene, wenn auch nur obligatorische oder bestrittene Berechtigung zur Handlung beseitigt die Wiederrechtlichkeit." „Ein widerrechtliches Eindringen wird durch einen erlaubten Zweck nicht zu einem berechtigten und somit nicht straflos." „Hat jemand eine (auf gewisse Fälle oder zu gewissen Zwecken) beschränkte Befugnis zum Betreten einer fremden Räumlichkeit, so handelt er widerrechtlich und macht sich strafbar, wenn er über jene Beschränkung hinaus z. B. zu einem anderen Zwecke eindringt." Im selben Sinne Olshausen[2]): „Das Eindringen ist ein widerrechtliches, wenn es gegen das objektive Recht verstößt. Das ist aber stets dann der Fall, wenn dasselbe, ohne ein dem Eindringenden

[1]) In seinem Kommentar zum R.-St.-G.-B. zu § 240.
[2]) In seinem Kommentar zum R.-St.-G.-B. zu § 123.

zustehendes stärkeres Recht, mit Verletzung des Hausrechts des an der Räumlichkeit Berechtigten geschieht." „Die Verfolgung eines an sich berechtigten Zweckes schließt keineswegs mit Notwendigkeit die Widerrechtlichkeit aus." „Ein Eindringen ist regelmäßig ein widerrechtliches, wenn es gegen den Willen des Wohnungsinhabers geschieht." In demselben Sinne ist die Widerrechtlichkeit der Nötigung und des Hausfriedensbruches in dem Kommentare von Rüdorff und Stenglein interpretiert.

Es wäre nur Wiederholung des Gesagten, wenn ich anführte, in welchem Sinne bei den übrigen Paragraphen des Strafgesetzbuches, welche Rechtsgüter in Schutz nehmen, mit denen der sein beeinträchtigtes Recht realisierende Rechtsbesitzer meist in Kollision gerät, die Widerrechtlichkeit des Angriffs von Judikatur und Theorie aufgefaßt wird.*) Der wie ein roter Faden überall sich hindurchziehende Grundgedanke läßt uns unzweideutig den prinzipiellen Standpunkt erkennen, den das Reichsstrafgesetzbuch bezüglich der Scheidelinie des Rechtmäßigen und Unrechtmäßigen einnimmt.

Ein Angriff auf rechtliche Interessen ist nur gestattet auf Grund eines besonderen Rechtes zur Angriffshandlung, nicht aber schon auf Grund des Rechtes auf den durch die Angriffshandlung herbeizuführenden Zustand.

Für die Frage der Rechtmäßigkeit einer Handlung läßt das Reichsstrafgesetzbuch nicht das „materielle Recht" allein ausschlaggebend sein, sondern es gilt nach ihm eine Angriffshandlung erst dann nicht als rechtswidrig, wenn sie vorgenommen wird im Besitze eines Rechtes zur betreffenden Angriffshandlung: in Ausübung eines „formellen Rechtes". Was oben aus allgemeinen Gesichtspunkten gefolgert wurde, sehen wir im Reichsstrafgesetzbuch bestätigt: Nur die formelle Berechtigung zu einer Handlung schließt deren Widerrechtlichkeit aus.

Wir sehen, daß der „Zug der Rechtsentwicklung" in einem Stadium angelangt ist, in dem die Rechtsordnung sich vollständig an die Stelle der privaten, eigenen Machtentfaltung gesetzt hat,

---

*) § 303, 242, 239, 223.

sie in ihre Gewalt genommen und ihr nurmehr die freie Bethätigung in den Grenzen des gegebenen Machtkreises überlassen hat.

Die enge Formulierung des Notwehrparagraphen im Reichsstrafgesetzbuche führt uns zu dem Schlusse, daß das Reichsstrafgesetzbuch es nicht als eine konsequente Folge des materiellen Rechtes anerkennt, alle zum Schutze und zur Erhaltung desselben gegen Verletzungen und Schmälerungen seiner thatsächlichen Realisation erforderlichen Handlungen vorzunehmen: es erlaubt ihm nur die Abwehr eines Angriffes. Ist der Angriff gelungen, die dem materiellen Rechte korrespondierende thatsächliche Machtsphäre zerstört — der Angreifer hat dem Berechtigten das Objekt seines Rechtes entrissen und an sich genommen; der Kampf ist beendigt und ein, nun rechtswidriger, Zustand eingetreten — so fehlt es dem Berechtigten an einer in seinem materiellen Rechte gegründeten Handhabe, um durch selbständigen Zugriff den rechtswidrigen Zustand wieder zu beseitigen: Er muß die in einem bestehenden Zustand beruhende Verletzung oder Schmälerung seines Rechtsgutes ertragen.

Steht ihm nicht ein weiteres formelles Recht zu dem von ihm versuchten Zugriff behufs Wiederaufrichtung des seinem materiellen Rechte korrespondierenden thatsächlichen Zustandes zu Gebote, so ist jeder von ihm unternommene Angriff auf diesen rechtswidrigen Zustand trotz des guten Zweckes, weil nicht berechtigt, rechtswidrig.

Bei einem solchen Zugriff: „rechtswidrigen Angriff" steht daher dem rechtswidrigen Inhaber auf der anderen Seite als Angegriffenen die Handhabe des Notwehrparagraphen zu: er ist berechtigt, gegen diesen rechtswidrigen, gegenwärtigen Angriff das erforderliche Maß von Verteidigung anzuwenden.

Ich gelange daher zu dem Resultate, daß es in der Tendenz des R.-St.-G.-B. liegt, daß jeder bestehende thatsächliche Zustand, gleichgiltig, ob rechtmäßig oder rechtswidrig, geschützt sein soll gegen Angriffe; daß jeder Inhaber einer thatsächlichen Machtsphäre das Recht der Selbstverteidigung gegen diese Angriffe haben soll; daß aber auch das Maß der Verteidigung zugleich die Grenze dieses Rechtes bildet

und daß ein selbständiger initiativer Angriff auf einen bestehenden ruhigen Zustand nur auf Grund besonderer Berechtigung und nicht schon wegen des verfolgten guten Zweckes rechtmäßig sein soll.

Wie oben erörtert, muß diese Abgrenzung des Strafrechts auch für verwandte Fälle des Zivilrechtes die Richtschnur bilden: Es kann etwas nicht zivilrechtlich erlaubt sein, was rechtswidrig im Sinne des Strafrechts ist.

Daß das Maß der erlaubten Selbsthilfe auch im römischen Rechte auf die Selbstverteidigung, Notwehr im Sinne des § 53 R.-St.-G.-B. beschränkt war, glaube ich aus folgenden Belegen mit Recht annehmen zu dürfen. Was sagt die bekannte Stelle l. 1 C. unde vi 8, 4 mit dem moderamen inculpatae tutelae anders als § 53 R.-St.-G.-B. mit dem Maß „der erforderlichen Verteidigung?" Die bekannte Rechtsparömie: „vim vi repellere licet, sed confestim, non ex intervallo" verlangt „gegenwärtigen Angriff". § 227 des bürgerlichen Gesetzbuches stimmt in seiner Formulierung vollständig mit § 53 l. c.

Mit obigem Resultate übereinstimmend ist Dernburg: daß Selbsthilfe in der Form der Selbstverteidigung an sich erlaubt, ist, der Form der Rechtsverfolgung an sich unerlaubt ist. cfr.: Dernburg Pand. I, S. 283: „Selbstverteidigung ist in der Regel berechtigt, Selbstbefriedigung in der Regel nicht berechtigt." „Selbstverteidigung ist eigenmächtige Aufrechterhaltung bestehender Zustände gegenüber Versuchen Dritter, sie zu ändern." „Selbstbefriedigung ist die eigenmächtige Herstellung eines unserm Rechte entsprechenden Zustandes."

Nur eine besondere formelle Berechtigung vermag die Rechtswidrigkeit der zum Zwecke der Rechtsverfolgung vorgenommenen Handlungen auszuschließen. Der Zweck heiligt eben nicht das Mittel; die betreffende Handlung des materiell Berechtigten ist mit dem Makel der Widerrechtlichkeit behaftet; die geschehene Rechtswidrigkeit wird durch die materielle Rechtmäßigkeit des herbeigeführten Erfolges nicht saniert.

Dieses geschilderte Prinzip der Reichsgesetzgebung ist weit entfernt von dem Gesichtspunkte, den Wendt[1]) als den für die

[1]) l. c. S. 67 ff.

Beurteilung der Selbsthilfehandlung zutreffenden Ausgangspunkt formuliert. Er geht aus von dem Grundsatze: qui suo iure utitur, neminem laedit und sagt „es ist zu behaupten, daß auch dann noch die Vorschrift des neminem laedere nicht übertreten ist, wenn das Recht und sein Genuß erzwungen und erkämpft worden ist. Denn nur der Widerstand ist injuria, seine Überwindung das dem Rechte zuständige, welches Zwangsmittel dabei auch zur Entfaltung gelangen möge. Ein positives Maß zulässiger Gewalt ist dabei überhaupt nicht aufzustellen. Alles, was erforderlich ist, den Widerstand zu beseitigen, ist auch gestattet und lediglich nach der Heftigkeit des Widerstandes bestimmt sich das Maß der zur Überwindung desselben aufzuwendenden Kraft.“ Im Sinne des R.-St.-G.-B. glaube ich dagegen, muß die Interpretation des Satzes: qui suo iure utitur, neminem laedit, dahingehen, daß nur die Ausübung des Rechtes, d. h. die formelle Berechtigung zur betreffenden Handlung uti suo iure ist und dabei von einem „laedere“ keine Rede sein kann, und daß gerade die Erzwingung des Genusses des Rechtes durch Entfaltung beliebiger Zwangsmittel: die Rechtsverfolgung nicht mehr „uti“ suo iure und daher unberechtigt ist.

Übereinstimmend mit obigem Resultat ist Dr. O. Bähr: „Zur Besitzeslehre“ in Iherings Jahrbücher für Dogmatik ꝛc. Bd. XXVI, der dem „realen Besitze“ das Recht des Schutzes gegen jeden eigenmächtigen Eingriff zuspricht, dem Realbesitz, der identisch sein dürfte mit „Gewahrsam“ (S. 286 a. E. l. c.; 258, 259, 260 l. c.) „thatsächlicher Macht“. Trefflich sagte er von ihm: „Er legt sich gleichsam wie ein schützendes Netz über die gesamte Sachenwelt, so daß jeder in dem, was er kraft realen Besitzes beherrscht, die Grenze findet, innerhalb deren er, frei von allem thatsächlichen Eingreifen anderer, walten darf. Der reale Besitz grenzt die individuelle Beherrschung der Sachenwelt durchweg formal ab.“ (S. 285 l. c.)

Wenden wir nun die entwickelten Grundsätze auf das Mietverhältnis an, so ergibt sich, und zwar zunächst für die Dauer des Vertragsverhältnisses, folgendes:

Hat der Mieter den Besitz des Mietobjektes eingenommen, so hat er, wie oben gezeigt, auch das Recht, sich im Besitze der

Mietsache zu behaupten. Der Vermieter handelt nicht etwa als possessor in Ausübung eines formellen Rechtes, wenn er Störungen des uti frui des Mieters vornimmt oder denselben gar zu dejizieren versucht: Alle derartigen Handlungen des Vermieters sind vielmehr Angriffe auf die rechtliche Position des Mieters: sind rechtswidrige Angriffe, welche der Mieter in dem Maße der Notwehr abzuwehren Fug und Recht hat.

Ist aber der Mietkontrakt abgelaufen und der Mieter fährt trotzdem fort, die Mietswohnung weiter zu bewohnen und räumt auf Verlangen des Vermieters nicht, so macht er sich unzweifelhaft eines Rechtsbruches gegenüber dem Vermieter schuldig; sein Thun ist rechtswidrig; aber es bildet nicht etwa einen Angriff gegen den Vermieter; es ist vielmehr einer jener Fälle vorliegend, wo die Verletzung des Rechtes in einem bestehenden Zustande beruht; und es fehlt dem Verletzten, der nicht etwa durch Angehen der Staatsbehörde sich ein weiteres Recht zum Einschreiten verschafft hat, an einer Handhabe, auf eigener Faust gegen den vertragsbrüchigen Gegenkontrahenten vorzugehen: ein etwaiger Angriff von Seiten des Vermieters behufs Entsetzung des Mieters wäre, wie oben ausgeführt, rechtswidrig und würde den Mieter zur Notwehr berechtigen.

Daß alle Störungen in der Inhabung der Mietswohnung von Seiten dritter Personen rechtswidrig sind und ihnen gegenüber ebenfalls das Recht der Notwehr und Selbstverteidigung des Mieters Platz greift, bedarf nach dem oben Ausgeführten keiner weiteren Erörterung.

Insbesondere ist auch der Käufer des Mietobjektes nicht befugt, sich Eingriffe in die thatsächliche Innehabung des Mieters zu gestatten.

Zwar ist es nach römischem Rechte zweifellos, daß der Käufer als neuer Eigentümer an die Miete als eine bloß persönliche Verpflichtung des Verkäufers nicht gebunden ist, daß „Kauf Miete bricht". Doch ist deshalb der Käufer noch nicht berechtigt, — wie die herrschende Lehre ist — den Mieter zu entsetzen; vielmehr wäre jeder etwaige Eingriff in die Innehabung des Mieters, wenn auch vielleicht materiell noch so berechtigt, formell unbefugt und könnte sich der Mieter desselben mit Erfolg

erwehren. Die dingliche Berechtigung des Käufers gewährt ihm nach gemeinem Rechte nur eine Klage auf Räumung der Mietswohnung.

Und der Käufer würde auf diesem Wege den Mieter mit Erfolg aus dem Mietsobjekt vertreiben können. Empfindliche wirtschaftliche Schädigung des auf die Straße gesetzten Mieters wäre die Folge der Durchführung des römischrechtlichen Prinzips. In Würdigung der wirtschaftlichen Bedürfnisse des heutigen Mieters haben hier die verschiedenen deutschen Landesrechte eingegriffen, um den ruhigen Gewahrsam des Mieters gegen solch' willkürliche Ausnutzung eines veralteten Rechtsprinzips zu schützen. Abgesehen vom preußischen Landrecht (T. I Tit. 21 § 358) und dem Code civil (Art. 1743), die dem Mieter in richtiger Auffassung des heutigen Mietverhältnisses dingliche Berechtigung zusprechen, nach denen daher auch durch den Verkauf an den Rechten des Mieters nichts geändert wird, haben auch die anderen Landesgesetzgebungen, welche an der bloß persönlichen Berechtigung des Mieters im Prinzip festhielten (durch Anerkennung des Kündigungsrechts des Käufers) für möglichste Wahrung der Interessen des Mieters in den Grenzen des Prinzips Sorge getragen. So geht nach den Bestimmungen des bayerischen Landtagsabschiedes vom 18. II. 1871 der von dem früheren Besitzer abgeschlossene Mietvertrag auf den neuen Erwerber über und besteht nur ein gegenseitiges Kündigungsrecht, „wobei die ortsübliche Aufkündigungsfrist zu beobachten ist, falls eine kürzere Frist nicht vereinbart ist." Im Prinzip mit der bayerischen Gesetzesbestimmung übereinstimmend ist § 571 des kommenden bürgerlichen Gesetzbuches.

Wir sehen in diesen Bestimmungen die eingetretene Wandlung der Rechtsanschauungen auf Grund der veränderten thatsächlichen Stellung des heutigen Mieters deutlich bestätigt: die Tendenz der modernen Gesetzgebung nach möglichsten Schutz des Gewahrsams des Mieters tritt in ihnen klar zu Tage.

Derselbe Grundgedanke begegnet uns in den einzelnen einschlägigen Bestimmungen des geltenden Reichsprozeßrechtes, das, ohne an dem gemeinrechtlichen Prinzipe der bloß persönlichen Berechtigung des Mieters zu ändern, doch in den einzelnen Anwendungsfällen die Härte seiner Durchführung bedeutend milderte.

Wir finden das Mietverhältnis behandelt zunächst in § 17 der Reichskonkursordnung, der den Einfluß der Konkurseröffnung auf Mietverträge normiert, welche bereits durch Übergabe des Mietsobjekts an den Mieter in Vollzug gesetzt sind. Konsequente Anwendung des Prinzips der bloß persönlichen Berechtigung des Mieters müßte, nach eingetretener Dispositionsentziehung des Vermieters übers Mietsobjekt, dem nunmehrigen Verfügungsberechtigten das Recht der Entsetzung des Mieters im Klagswege zusprechen. Demgegenüber bestimmt § 17 l. c. Abs. 2: „Hatte der Gemeinschuldner verpachtet oder vermietet, so wirkt eine freiwillige Veräußerung der Sache durch den Konkursverwalter auf die Zulässigkeit der Kündigung, sowie auf die Dauer des Vertrags wie eine Zwangsversteigerung." Und nach bayerischem Rechte übt die Zwangsversteigerung — bei der ja auch aus „besonderem Rechtsgrunde" im Sinne des § 21 des Landtagsabschiedes vom 18. II. 1871 eine vermietete Liegenschaft in das Eigentum eines Dritten gelangt — auf Mietverträge dieselbe Wirkung wie der freihändige Kauf (siehe vorige Seite). Der Konkursverwalter kann demnach nicht ohne weiteres dem Mieter die Sache entziehen, sondern diesem ist ungestörtes Weiterbenutzen garantiert und er kann ruhig eine etwaige Kündigung abwarten und sich so ohne erhebliche Störung seiner wirtschaftlichen Thätigkeit bis zum nächsten Ziele eine neue Wohnung verschaffen.

Des weiteren finden wir eine Bestimmung über die Behandlung des Mietverhältnisses in §§ 712, 713 der R.-Z.-P.-O.; Pfändung ist nach ihnen nur zulässig in die Sachen, die sich im Gewahrsam des Schuldners befinden. Hat der Schuldner ihm gehörige Sachen vermietet, so sind dieselben als im fremden Gewahrsam befindlich für die Dauer des Mietvertrages dem Zugriff des Gerichtsvollziehers entzogen, trotzdem sie schuldnerische Sachen bleiben nach wie vor. Ohne ein Recht an der Sache erworben zu haben, hemmt der Mieter durch seinen bloßen Gewahrsam auf dessen Dauer die Zwangsvollstreckung. Er bleibt unbehelligt in seiner Mietnutzung; dem Gläubiger bleibt nur die Pfändung der actio locati des Vermieters nach § 745 ff. der R.-C.-P.-O.

Wir sehen an diesen beiden im bisherigen Reichsprozeß-

rechte gebotenen Anhaltspunkten, daß auch die Reichszivilgesetzgebung, welche, trotz prinzipiellen Festhaltens an der Theorie des persönlichen Rechtes des Mieters im Interesse des Schutzes des Mieters erhebliche Ausnahmebestimmungen für angemessen erachtete, welche selbst bei angenommener Berechtigung zum Eingriff in die Inhabung des Mieters den Zugriff versagt und des Mieters Gewahrsam schützt mithin im einzelnen Anwendungsfall über die Ziele der Reichsstrafgesetzgebung noch hinausgeht, denselben prinzipiellen Standpunkt einnimmt wie diese.

Mit dem oben entwickelten Prinzip stimmt auch das Bürgerliche Gesetzbuch überein, dessen einschlägige Paragraphen folgen:

„§ 227. Eine durch Notwehr gebotene Handlung ist nicht widerrechtlich.

Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem andern abzuwenden.

§ 228. Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem andern abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung oder die Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht. Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadenersatz verpflichtet. (Daß unter „Gefahr" hier nur die gegenwärtige Gefahr verstanden ist, zeigt ein Zusammenhalt des Paragraphen mit §§ 858 ff. B. G.-B., wo die Innehabung eines jeden Zustandes gegen Angriffe geschützt ist, mithin auch die Abwendung einer in einem Zustand beruhenden Gefahr durch Beseitigung des Zustandes als Angriff auf denselben für rechtswidrig erklärt ist. M. E. ist mit dem Worte Gefahr nicht mehr gemeint als der von Sachen drohende Angriff, der von der Mehrzahl der Strafrechtslehrer [cfr. Liszt S. 148] unter den Begriff des „Angriffes" im Sinne von § 53 R.-St.-G.-B. subsumiert wird.)

§ 229. Wer zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache wegnimmt, zerstört oder beschädigt, oder wer zum Zwecke der Selbsthilfe einen Verpflichteten, welcher der Flucht verdächtig ist, festnimmt, oder den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, beseitigt, handelt nicht

widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde. (Daß nur bei Gefahr des unwiederbringlichen Verlustes Anwendung von Selbsthilfe gestattet sein soll, ist auch in der gemeinrechtlichen Praxis anerkannt und bestätigt das Prinzip, daß bei gewöhnlicher Gefahr, in den gewöhnlichen Fällen des Lebens, wo die Hilfe der Rechtsordnung zu Händen und die Möglichkeit, autorisiert durch dieselbe mit formeller Berechtigung vorzugehen, offen steht, der Weg der Selbsthilfe abgeschnitten sein soll.)

§ 230. Die Selbsthilfe darf nicht weiter gehen, als zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist.

Jeder thatsächliche Zustand, ob berechtigt oder nicht, soll gegen Angriffe geschützt sein, dazu:

§ 858. Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechtlich (verbotene Eigenmacht). Der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz ist fehlerhaft. Die Fehlerhaftigkeit muß der Nachfolger im Besitz gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe des Besitzers ist oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt.

§ 559. Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren. Wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittels verbotener Eigenmacht weggenommen, so darf er sie dem auf frischer That betroffenen oder verfolgten Thäter mit Gewalt wieder abnehmen. Wird dem Besitzer eines Grundstückes der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so darf er sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des Thäters wieder bemächtigen.

Daß unter Besitzer auch Mieter und Pächter zu verstehen sind, geht aus § 868 hervor: „Besitzt jemand eine Sache als . . . . . Pächter, Mieter . . . . . , so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)."

Ebenso sehen wir in der Judikatur des bayerischen obersten Gerichtshofes das oben entwickelte Prinzip vertreten.

So ist in Bd. VII S. 197 der Entsch. d. O.-L.-G. München in Ziv.-S. ausgeführt: „Die erlaubte Selbsthilfe gewährt

das Recht der Selbstverteidigung gegen widerrechtliche Angriffe auf die Person oder Sache nur unter der Voraussetzung, daß Angriff und Verteidigung in der Zeit zusammentreffen und ist eine Verteidigung nach erlittenem Angriff nicht mehr als erlaubte Selbsthilfe, sondern als unerlaubte Eigenmacht anzusehen." „Gemäß des schon aus dem Begriff der Gegenwehr folgenden Prinzips wäre Nichtigkeitskläger zwar berechtigt gewesen, den im Übermähen begriffenen Nachbarn aus dem gepachteten Grundstück zu vertreiben; er war aber nicht befugt, die durch Übermähen erlittene Beschädigung dadurch auszugleichen oder wie sich Nichtigkeitskläger ausdrückt, abzuwenden, daß er die Nutzungsfläche des übermähenden Nachbarn betrat und dort die gleiche Rechtsverletzung verübte, welche ihm vorher von diesem zugefügt worden war."

Ebenso in Bd. V S. 365 l. c.: „So wie Selbsthilfe als eigenmächtige Verfolgung sogar eines wirklich zustehenden Rechtes verboten ist, so erscheint sie als Selbstverteidigung, d. h. als Abwehr gegen Angriffe in solche Rechte unbedingt erlaubt, soweit nur dabei nicht mehr Gewalt angewendet wird, als zur Abwehr der eigenen Störung notwendig ist. — l. 4 pr. D. 9, 2: adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere." l. 1 C. 8, 4: recte possidenti ad defendendam possesionem . . . . . inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet."

Daß insbesondere dem Vermieter gegen den Mieter, der nach beendigtem Mietsverhältnis sich in der Wohnung behauptet, kein Recht zur Selbsthilfe zur Seite steht, ist in der in Bd. 19 S. 299 d. Entschl. d. R.-G. i. Straff. abgedruckten Entscheidung des Reichsgerichts gründlich dargelegt:

„Der Revision der Staatsanwaltschaft war zunächt darin beizupflichten, daß die Gründe des angefochtenen Urteils, aus welchen das letztere das Vorhandensein der von den §§ 123, 240 R.-St.-G.-B. vorausgesetzten objektiven Widerrechtlichkeit in der festgestellten Handlungsweise der Angeklagten vermißt, unhaltbar sind. Erwiesenermaßen hat die Angeklagte, als der Abdecker O. bezw. dessen Familie eine von der Angeklagten T. gemietete Wohnung nach Ablauf des Mietkontraktes nicht räumten, um diese Räumung zu erzwingen, unter Eindringen in die von O. noch innegehabte Wohnung das einemal Thüren und Fenster, das

anderemal die O.'schen Möbel gewaltsamerweise aus der fraglichen Wohnung entfernt. Zweifellos verfehlt erscheint diesem Thatbestand gegenüber, was in den Urteilsgründen dafür angeführt wird, die Angeklagte hätte sich in einem Zustand zivilrechtlicher Notwehr befunden. Von Notwehr oder Selbstverteidigung kann überall nur die Rede sein, wo es sich um Abwehr eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffes handelt. Vorliegenden Falls waren lediglich die Angeklagten die aktiv vorgehenden Angreifer und die O.'s diejenigen, welche sich gegen eindringende Gewalt verteidigten. Die letzteren haben sich rein passiv verhalten, haben ihrerseits nichts gethan als den Zustand mietweiser Inhabung der Wohnung bestehen lassen bezw. durch Rückgewähr der Wohnung an den Vermieter nicht aufgehoben, auch als ihr vertragsmäßiges Mietsrecht bereits erloschen war. Eine derartige über die kontraktliche Zeit hinaus fortgesetzte Inhabung einen Angriff gegen die Eigentums- oder juristischen Besitzrechte des Vermieters und die gewaltsame Ausweisung des ersteren durch den letzteren eine Verteidigung zu nennen, ist so unzutreffend, als wollte man innerhalb sonstigen Vertragsrechtes den nicht rechtzeitig erfüllenden Verpflichteten als rechtswidrigen Angreifer gegen die Rechtssphäre des Gegners und den sich eigenmächtig oder faustrechtlich Befriedigung von seinem säumigen Schuldner erzwingenden Gläubiger als in Notwehr befindlichen Angegriffenen bezeichnen. Unklar bleibt, wie das Urteil sich für seine Rechtsauffassung auf das Urteil des Reichsgerichts v. 3. XI. 79: Rechtspr. d. R.-G. Bd. I S. 33 und auf den Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs berufen kann. Dort stand in Frage, ob ein Dienstbote, welchem überhaupt keine selbständigen Inhabungsbefugnisse auf irgend welche Teile der der Herrschaft gehörigen Wohnung zustehen, sich eines Hausfriedensbruches schuldig macht, wenn er nach Auflösung des Dienstmietvertrages trotz Aufforderung, sich aus der Wohnung zu entfernen, unter irgend welchem Vorwand dort ferner verweilt, und diese Frage wurde zu Ungunsten des widerspenstigen Dienstboten entschieden. Von Analogie dieses Falles mit dem vorliegenden kann nicht füglich gesprochen werden. Und was den Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches anbelangt, so beruht dessen Heranziehung auf Verwechselung der durchaus verschiedenen Begriffe von Selbstvertei-

digung (Notwehr §§ 186, 187) und Selbsthilfe (Eigenmacht §§ 188, 189). Während der Instanzrichter fortgesetzt den ersten Begriff unzutreffenderweise anwendet, übersieht er, daß der Entwurf in § 814—816 jedes Entziehen oder Stören der Inhabung ohne Willen des Inhabers sich nur als Selbsthilfe und verbotene Eigenmacht denkt; daß er dem Inhaber zum Schutz der Inhabung die Notwehrrechte einräumt und in § 521 die dem Vermieter gegen den Mieter behufs Geltendmachung seiner gesetzlichen Pfandrechte zustehenden Befugnisse erlaubter Selbsthilfe in die engsten Schranken verweist. Mit den Grundsätzen dieser Bestimmungen des Entwurfes, insbesondere der §§ 819, 820 steht denn auch, worauf die Revisionsschrift mit Recht verweist, die bisherige gemeinrechtliche Praxis, welche dem Mieter bezw. Pächter die Spolienklage gegen jegliche gewaltsame Eigenmacht einräumt, in vollem Einklang. Die Auffassung der Vorinstanz würde zu dem haltlosen Rechtssatz führen, dem Vermieter stehe regelmäßig die Spolienklage zu, sobald der Mieter die gemietete Wohnung nicht rechtzeitig räumt. Konnte hiernach objektiv überall nicht der Begriff der Notwehr im zivilrechtlichen oder strafrechtlichen Sinne, sondern lediglich derjenige der Selbsthilfe oder Eigenmacht in Frage kommen, so steht fest, daß gemeinrechtlich eine an und für sich nicht erlaubte Handlung niemals dadurch zu einer erlaubten wird, daß sie den Zweck der Selbsthilfe verfolgt, daß gemeinrechtlich allgemein die Selbsthilfe an und für sich, bis zur Einführung des deutschen Strafgesetzbuches, als ein mit Privat- oder öffentlicher Strafe bedrohtes Delikt behandelt wurde, und daß auch die neue, der Selbsthilfe mehr zugeneigte gemeinrechtliche Praxis die rechtliche Zulässigkeit der Selbsthilfe ausnahmsweise nur unter der Voraussetzung eines drohenden unwiederbringlichen Verlustes anerkennt.

Fassen wir das Gesagte zusammen, so sehen wir, daß die Gesetzgebung des Reiches ihren prinzipiellen Standpunkt bezüglich des Maßes des Schutzes des Mieters durch Selbsthilfe unzweideutig ausgesprochen hat, daß in der oberstrichterlichen Judikatur derselbe Standpunkt übereinstimmend Anerkennung findet, daß auch das kommende bürgerliche Gesetzbuch auf ihm beharrt. Durch diese Thatsachen dürfte dem alten Streite der Meinungen der Boden entzogen sein.

Mit der Beantwortung der Frage der rechtlichen Stellung des Mieters und seines thatsächlichen Schutzes durch Selbsthilfe, den bestrittensten Punkten des Mietverhältnisses, erachte ich die Hauptaufgabe der vorliegenden Abhandlung für erfüllt, da, wie sich zeigen wird, die noch übrige Frage des prozessualen Schutzes des Mieters im Prinzip gelöst ist.

III. Der prozessuale Schutz des Mieters.

Was zunächst die jedermann sofort hier vorschwebende, viel umstrittene Frage anlangt, ob auch dem Mieter und Pächter die Spolienklage zustehe, so glaube ich, daß dieselbe für uns abgethan sein kann, da sie durch das in Bayern geltende Recht beseitigt und ebenso im kommenden bürgerlichen Gesetzbuch entschieden ist.

Für Bayern ist in dieser Frage Art. 81 d. A.-G. z. R.-Z.-P.-O. u. K.-O. entscheidend, der bestimmt: „Von den zivilrechtlichen Bestimmungen der bayerischen Gerichtsordnung vom Jahre 1753 bleiben nur diejenigen, welche in . . . . . Kap. III § 4 Nr. 10*) . . . . . enthalten sind, insoweit in Kraft, als sie bisher in Geltung waren. Wie weit die Bestimmungen des Kap. III § 4 Nr. 10 über die Spolienklage bisher in Geltung waren, darüber äußert sich gründlich und unzweideutig die in Band VII S. 808 der Entsch. d. ob. L.-G. i. Gegst. d. Ziv.-R. u. Ziv.-Proz. enthaltene Entscheidung des bayerischen obersten Gerichtshofes: „Es ist vor allem hervorzuheben, daß die über die Spolienklage in die bayerische Gerichtsordnung Kap. III § 4 Nr. 10 aufgenommene Bestimmung, welche als eine Bestimmung zivilrechtlicher Natur zu erachten ist, mit der Einführung der Gerichtsordnung im ganzen diesrheinischen Bayern, also auch im Geltungsgebiete des gemeinen Rechts in Bayern, Geltung erhalten hatte und als solche nicht durch eine entgegenstehende Bestimmung der neuen Prozeßordnung aufgehoben ist. Wenn nun die bayerische Gerichtsordnung nähere Bestimmungen hinsichtlich der Voraussetzungen der Spolienklage, namentlich bezüglich der Eigenschaft

*) „In Spolienſachen, da die Entwährung kündig oder leicht zu erweisen ist, hat 10. keine petitorische Klage wider den Entwährten von Seiten des Entwährers statt, bis das punctum spolii gänzlich abgethan ist."

des entzogenen Besitzes, nicht enthält und also auch nicht bestimmt, ob blos der Zivilbesitzer in strengerem Sinn spoliatus sein kann, so wird der desfallsige Zweifel durch die Hinweisung der Anmerkungen zur erwähnten Stelle der Gerichtsordnung auf das bayerische Landrecht von 1616 Tit. XX Art. 1 gehoben, welcher Artikel durch den Kommentator Baron v. Schmid in Bd. II S. 1162 unter Nr. 8 seine Erklärung dahin erhalten hat, daß allgemein iura incorporalia Gegenstand der Spoliation sein können, und der seine weitere Interpretation auch durch die Anmerkungen Kreittmayr's zum bayerischen Landrecht v. 1756 unter Bezugnahme auf die älteren Gemeinrechtslehrer, wie Leyser, im bejahenden Sinn der obigen Frage erhalten hat.

Wenn nun auch das bayerische Landrecht in T. II Kap. 5 § 11 Nr. 7 sich dahin ausspricht, daß die Spolienklage auf die „bloße Detention, welche keine wahre possession ist, sich nicht fundieren kann, so steht doch im Hinblick auf diejenige Gesetzesstelle, worauf der Gesetzgeber bei jenem Ausspruch hinweist, nämlich auf den vorausgehenden § 2 und auf die betreffenden Anmerkungen außer Zweifel, daß er auch dem Pächter gegen den Verpächter die Spolienklage gegeben haben wolle. Im Landrecht a. O. § 2 ist eine Unterscheidung zwischen civilis possessio und detention dahin statuiert, daß als Zivilbesitzer derjenige zu betrachten ist, welcher die Sache solo animo oder animo et corpore zugleich und zwar von Eigentums- oder eines anderen Rechtes wegen z. B. wegen Pfandschaft, Nutznießung oder auch nur pachtweise innehat, dagegen der Besitz, ohne Absicht, die Sache für sich zu behalten, nur als Naturalbesitz, als bloße detention zu erachten ist, und die Anmerkungen zu dieser Stelle erklären unter Nr. 2 lit. e, daß Zivilbesitz nicht blos dann gegeben sei, wenn zur detention auch noch der animus domini hinzutritt, so daß der Besitz die rechtliche Wirkung der Eigentumserwerbung durch Ersitzung zufolge haben kann, sondern auch dann gegeben ist, wenn die Absicht des Inhabers zwar nicht auf das Eigentum an der Sache, aber auf ein ius reale oder auf die Ausübung eines persönlichen Rechtes, wie bei Pächtern geschieht, gerichtet ist. Von einem solchen Inhaber sagen die Anmerkungen: respectu illius iuris et eatenus, qua-

tenus illud animo sibi habendi possidet und dieser soll einem Zivilbesitzer gleichgeachtet werden.

Werden nun diese Bestimmungen über die Unterscheidung zwischen Zivilbesitz und „bloßer Detention" festgehalten, so kann bei Anwendung der landesrechtlichen Bestimmungen in § 11 Nr. 7 l. c. kein Zweifel bestehen, daß daselbst unter dem bloßen Detentor, dem die Spolienklage nicht zusteht, nicht der Pächter und Mieter gemeint ist, und die Anmerkungen zu dieser Stelle unter Nr. 2 lit. c. bemerken gleichfalls unter Hinweis auf den vorausgehenden § 2 und auf Leysers Spezim 451 § 3 und Kap. 4 ne praelati, daß der Pächter gewissermaßen auch possessor sei, nämlich nicht von der gemieteten Sache, wohl aber von dem Rechte der Nutznießung an derselben.

In diesem Sinne ist auch der Ausdruck ius detentionis, welcher in der Stelle des Landrechts Tl. IV Kap. VI § 4 Nr. 4 vorkommt, aufzufassen, nämlich als Rechtsbesitz, d. h. als Besitz des usus rei locatae mit Interdiktenschutz im Gegensatz zur „bloßen Detention".

Es kann sonach von einer Verletzung der bezeichneten Stelle des kanonischen Rechtes, welche überhaupt nicht ein neues Rechtsmittel geschaffen hat, sondern nur eine Anwendung des römisch-rechtlichen Interdictum unde vi ist, nicht die Rede sein. Als gleichbedeutend mit diesem Interdikt ist die Spolienklage, wie dies das ältere Bayerische Landrecht von 1616 Tit. XX Art. 1, wohin die Anmerkungen zur Gerichtsordnung a. a. O. verweisen und noch deutlicher die Bemerkungen des Kommentars des Baron v. Schmid Bd. II S. 1160 entnehmen lassen, in das bayerische Recht aufgenommen worden."

Auch außerhalb Bayerns geht die gemeinrechtliche Praxis dahin, dem Mieter die Spolienklage zuzusprechen, wie die feststehende Judikatur des Reichsgerichts ersehen läßt. So spricht die Entscheidung in Bd. V S. 164 d. Entsch. d. R.-G. von einer Ausbildung, welche die Spolienklage durch die Praxis genommen hat, in welcher sie auch dem Detentor zustehe. Im selben Sinne alle folgenden einschlägigen Entscheidungen dieses Gerichtshofes. Freilich wird von anderer Seite eingewendet, daß es an Anhaltspunkten für die Ansicht des Reichsgerichts mangele, dieselbe will-

kürlich sei: doch man kann diese Frage dahingestellt lassen, denn die seit länger als einem Jahrzehnt konstante Stellungnahme des obersten Forums Deutschlands dürfte bei dessen Bedeutung für die Judikatur der anderen Gerichtshöfe allein genügen, um einen Gerichtsgebrauch im obigen Sinne konstatieren zu können.

Stellen wir dem die prinzipiellen Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches in §§ 861, 862 an die Seite, so müssen wir angesichts dieser einmütigen Übereinstimmung der Gesetzgebung Bayerns, des gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauches und der künftigen Gestaltung der Frage den Streite über diese Frage für entschieden erachten.

Der Mieter und Pächter hat demnach in der Spolienklage eine ausgiebige Waffe geboten, um jede eigenmächtige Entziehung der Inhabung wider seinen Willen von jeder Seite, sowohl dem Vermieter als dritten Personen, zu sühnen.

Dem Mieter und Pächter ist nicht nur gegen Entziehung der Inhabung prozessualer Schutz geboten, er ist nicht minder geschützt gegen Störung des Genusses.

Was in dieser Richtung zunächst das Verhältnis des Mieters zum Vermieter anlangt, so wurde bereits oben das Maß der gegenseitigen Rechte und Pflichten des heutigen Mieters und Vermieters erörtert, und gezeigt, was insbesondere Rechtsausübung und was Störung sei. Alle Handlungen des Vermieters, die den ungestörten Genuß des Mietobjektes im oben ausgeführten Sinne beeinträchtigen, berechtigen den Mieter zur actio conducti, denn es sind Eingriffe des Vermieters in die dem Mieter kontraktlich zugesicherte Rechtssphäre.

Insbesondere wird es dem Vermieter nicht gelingen, durch Geltendmachung der ihm als juristischen Besitzer zustehenden Besitzesklagen die Dejektion des ihm mißliebigen Mieters zu bewirken, indem dem Mieter jede Einrede auf eine derartige Klage mangele. Die herrschende Lehre geht bekanntlich dahin, dem juristischen Besitz des Vermieters diese Machtfülle zuzusprechen, der gegenüber der rechtlose Mieter jederzeit weichen müsse, indem sie geltend macht, das einzige dem Mieter zustehende Einredemittel der exceptio rei conductae finde, als Einrede aus dem materiellen Rechte, der Besitzesklage gegenüber keine Anwendung. Dem gegenüber ist zu erwägen: daß

zunächst in dem Beharren des Mieters auf seiner Position und Verteidigung gegen willkürliches Einschreiten des Vermieters, das vielleicht einer solchen Klage vorausgegangen sein mag, eben nur Geltendmachung der ihm im Mietskontrakte zugestandenen Nutzungsrechte, nicht aber vielleicht eine Dejektionshandlung liegt, daß daher der Besitzesklage des Vermieters als juristischen Besitzers die materielle Voraussetzung der geschehenen dejectio fehlt; daß weiter aber in prozessualer Hinsicht eine derartige Einrede des Mieters (exceptio rei conductae) eben in nichts anderem gipfelt, nichts weiter sagen will, als daß der geschehenen Handlung fern gelegen sei, die Besitzrechte des Vermieters anzutasten: daß sie eine Dejektion des Vermieters durch den Mieter nicht involviere d. h. nichts weiter ist als eine einfache Negation des Klagfundaments, die im Besitzstreit zulässig ist. Auch in dieser Richtung stimmt das bürgerliche Gesetzbuch mit dem Ausgeführten überein: § 863: „Gegenüber den in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüchen kann ein Recht auf den Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung nur zur Begründung der Behauptung geltend gemacht werden, daß die Entziehung oder die Störung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht sei.

Für die weitere Frage des Schutzes des Mieters gegen Störungen von Seiten dritter Personen wird es zweckmäßig sein, zunächst das gegenseitige Rechtsverhältnis verschiedener Mieter unter einander zu betrachten. Was wir oben im allgemeinen beobachten, daß die Bedürfnisse des Lebens es sind, welche mit ihrem Anspruch auf Befriedigung das Mindestmaß von Vorteilen abgrenzen, das der Mieter bei Gebrauch der Mietsache beansprucht, daß diese Mindestgrenze den jeweiligen Inhalt des einzelnen Vertrages charakterisiert, daß mithin das Bedürfnis das Normativ für die aus dem Vertrage entstandene Rechtsstellung des Mieters ist, dasselbe Prinzip trifft auch bezüglich der Rechtstellung der einzelnen Mieter gegen einander im einzelnen zu. Die jeweils von der einzelnen Mietwohnung gebotenen Vorteile: andererseits der Einmietende mit seinen konkreten Bedürfnissen, der den Mietvertrag mit Rücksicht auf die erwarteten Vorzüge des Mietobjekts abgeschlossen, weil die dargebotene Mietwohnung für seine Zwecke passende Dienste leistet, — sie spielen herein für die

Beurteilung der Frage, was in dem Mietvertrage für ein Verhältnis rechtlich normiert werden wollte, welche rechtlichen Eigenschaften dem Mietobjekte innewohnen sollten. Nicht eine beliebige Wohnung, sondern gerade die fragliche, um ihrer besonderen Eigenschaften willen wird gemietet. Der für eine bestimmte Eigenschaft gezahlte höhere Mietpreis ist die Gegenleistung für die Gewährung dieses Rechtes. Die in einem bestimmten Hause bisher übliche Mietsbenutzung will auch der neueinziehende Mieter erlangen: Im Zweifel wird daher die in einem bestimmten Hause bisher stattgehabte Art des Mietgebrauches, der bisherige modus vivendi entscheiden, welches die gegenseitigen Rechtssphären der einzelnen Mietbewohner sind, wie weit jeder in Ausübung, wann in Überschreitung seines Rechtes handele. Insbesondere darüber, ob der einzelne Mieter verpflichtet sein soll, die im Gebrauche des anderen für ihn liegende Belästigung zu dulden, wird das bisherige gegenseitige Verhältnis entscheiden. Die beim Maße des bisherigen Gebrauches des Bewohners der anderen Etage als regelmäßige zu erwartende Belästigung wird als eine Eigenschaft der Mietswohnung anzusehen sein, die einen Regreßanspruch gegen den Vermieter begründen mag, aber keine Rechtsüberschreitung des anderen Mieters involviert. Was demnach ordnungsmäßiges, im individuellen Falle hergebrachtes Maß des Gebrauches sei — zu dem demnach dem einzelnen Mieter aus dem Mietvertrag die rechtliche Befugnis zusteht, in dem sich jeder Rechtdenkende, auch ein diligens pater familias bewegen würde — und was kulpose oder gar dolose Überschreitung der eigenen Befugnis und Rechtskränkung sei, wird sich gegebenenfalls immer vom urteilenden Richter nach diesen Gesichtspunkten eruieren lassen. Kurz wir haben es nicht mit einem rechtlosen Mieter zu thun, sondern seine Rechtssphäre ist bestimmt normiert und die Frage, ob Störung seiner Inhabung vorliege oder nicht, läßt sich feststellen.

Welches Maß von Beeinträchtigung seines Mietsgebrauches der Mieter von Seiten der Eigentümer oder Mietbewohner fremder Häuser dulden müsse, wird sich darnach entscheiden, ob auch der Eigentümer des Hauses rechtlich gezwungen sei, dieselben zu ertragen. Eigentümer und Mieter in dieser Hinsicht mit dem gleichen Maße zu messen, halte ich für gerechtfertigt, weil mit der

im Zusammenwohnen gegebenen Notwendigkeit der Abgrenzung der Befugnisse der beiden Eigentümer genau die Grenzlinie abgesteckt ist, wie weit der Nachbar in Bethätigung der gegebenen Rechtssphäre, wann in unbefugten Übergriffen handele*) und weil andererseits meist der Eigentümer des Hauses: der Vermieter das ihm zustehende Gebrauchsrecht im vollen Umfange gegen Bezahlung des entsprechenden Mietgeldes an den Mieter zugestanden haben wird. Wann aber demnach ein rechtswidriger Angriff auf die ruhige Innehabung des Mieters durch den Nachbarn vorliege, darüber entscheidet das Nachbarrecht, dessen Schilderung ich nicht als Aufgabe dieser Abhandlung erachte, dessen leitenden Grundgedanken Ihering**) dahin faßt: „Ermöglichung einer für alle Teile erträglichen Existenz, der gewöhnlichen bürgerlichen Existenz; was letztere mit sich bringt, ist zu dulden, was sie übersteigt, nicht."

Der urteilende Richter wird demnach immer in der Lage sein, festzustellen, ob im konkreten Falle in der von fremder Seite herrührenden Beeinträchtigung des Mietgebrauches eine Verletzung des Rechtes des Mieters liege. Jedoch läßt ihn das gemeine Recht im Stiche bei der Suche nach Schutzmitteln der geschehenen Rechtskränkung. Soweit ich zu übersehen vermag, geht gegenwärtig die überwiegende herrschende Meinung dahin, daß hier wie bei allen außerkontraktlichen Verhältnissen nach gemeinem Rechte eine allgemeine Verpflichtung zum Ersatz versuchten Schadens nur im Falle des Dolus, nicht auch im Falle bloßer Culpa zu statuieren ist. Es steht de lege lata dem Geschädigten nur die actio doli zu Hilfe. Alle Versuche, eine Erweiterung der Schadenersatzpflicht im römischen Rechte für gegeben nachzuweisen, insbesondere auch die scharfsinnige Abhandlung Herings: über den Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, welcher dem gestörten Mieter die actio injuriarum zuspricht, haben nicht allgemeinen Anhang gefunden. So sehr es der rechtlichen Stellung des heutigen Mieters, wie sie oben ausgeführt wurde, angepaßt wäre,

*) mithin einen rechtswidrigen Angriff ausführt: denn rechtswidrig ist jeder Angriff, zu dem die besondere Berechtigung fehlt (siehe oben).

**) in seiner Schrift: Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen. Jahrb. f. Dogm. Bd. 23.

wenn ihm ein Rechtsmittel auf erweiterten Schadenersatzanspruch im gegebenen Rechte zustehen würde, wir können eine dahingehende gemeinrechtliche Praxis nicht konstatieren: die der engen Auffassung des Justinianischen Zeitalters von den Rechten des Mieters angepaßte Form des ihm gebotenen Schutzmittels hat sich bis in unsere Tage erhalten, ein erweiterndes Gewohnheitsrecht hat sich nicht gebildet und es ist dem kommenden Bürgerlichen Gesetzbuch*) vorbehalten, auch in dieser Richtung eine mit dem modernen Rechtsbewußtsein in Einklang stehende Gestaltung des Rechtssatzes zu bringen.

*) § 862: „Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen."